

MINHAS SENHORAS E MEUS SENHORES... EIS O PRINCÍPIO DO FIM DO ESTADO MODERNO

RAÚL EDUARDO NUNES ESTEVES

A passagem do Estado Liberal para o Estado de Direito Social coincidiu com uma alteração da concepção de direito subjectivo, que deixou de ser o “direito do sujeito” para ser, ele mesmo, um “direito objectivizado”. Sucede, porém, que o aporte trazido pelo Estado Providência, proporcionando uma multiplicidade de novas pretensões radicadas no indivíduo, levou antes a uma espécie de regresso ao passado: a hiper-subjectivização do direito com a consequente explosão da conflitualidade. Estas são características do Estado pós-moderno para cujo enfrentamento é necessário encontrar soluções — coerentemente, ainda que com adaptações — no passado. É neste que se podem ver as raízes dos “novos” modos de resolução de conflitos (justiça restaurativa, mediação, etc.) que reclamam a interacção entre os litigantes. Este estado das coisas implica não só a emergência de novas profissões forenses, mas também a redefinição do conteúdo funcional das existentes, mormente do Ministério Público, que previsivelmente será paulatinamente “substituído” por quem seja mandatado pelos litigantes para a resolução do conflito interpessoal.

Somente os menos despertos é que ainda não perceberam que o sistema de justiça que estudámos e que aprendemos a aplicar e a respeitar está há muito ferido de morte. Todos conhecemos as críticas que lhe são dirigidas e as inúmeras análises sobre as razões da sua inoperacionalidade, colocando-se o assento do estrangulamento ora nas leis, ora na orgânica judiciária, ora nos seus operadores ou mesmo, como vem sucedendo ultimamente, no tipo de cultura judiciária carregada pelos seus juízes.

Uma justiça “próxima” e “célere” parecem ser os objectivos que se procuram alcançar, justificando todo o tipo de reforma e de contra reforma, mais ou menos cirúrgica, como agora se adjectiva, numa máquina pensada para ter o seu próprio ritmo e estilo de produção.

No fundo, estamos todos a lidar com uma nova realidade sem sequer nos apercebermos exactamente quais os seus reais contornos. Vemos a sua pequena face visível, e procuramos, até à exaustão, perceber o que nos tenta transmitir, esquecendo, talvez propositadamente, que ainda não surgiu no horizonte, com toda a sua plenitude a verdadeira dimensão da mudança que se impõe fazer e que arrastará tudo quanto hoje se conhece como modelo de prática, não só judicial, como também, política, económica e social.

Se todas as medidas de cariz político podem encontrar uma justificação, normalmente — e nos Estados democráticos com especial relevo — na

significativa melhoria das condições de vida dos cidadãos, poucas procuram alicerçar essa mudança numa assumida posição de profunda alteração do Estado, abrindo o caminho a novas necessidades sociais, integrando-as e entendendo-as também, numa perspectiva filosófica.

Mas o que nos leva a reflectir, por ora, é precisamente o recortar do cenário que se espera assistir no embate desta nova realidade com o sistema clássico de justiça, devendo o leitor ficar alerta para o reconhecimento dos traços identificadores do novo Estado pós-moderno, fazendo a distinção entre o que é verdadeiramente essencial para a sua afirmação, e o que não passa de uma barata maquiagem populista de um Estado já com poucas razões para se manter, aceitando, com serenidade o seu fim.

Estado e direito são realidades estreitamente ligadas, aparecendo, pelo menos nas sociedades ocidentais, como indissociáveis, apresentando-se a primeira como uma entidade jurídica governada e regida pela segunda¹.

Estado de Direito, é precisamente a conjugação dessas duas realidades num único ente, cuja actuação, levada a cabo pelos seus órgãos, integralmente enquadrada e regida pelo direito, é fiscalizada por um juiz independente.

Assente num sistema jurídico formal, visando garantir os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos com base em leis gerais e abstractas e separação de poderes, o Estado de Direito do século XIX e primórdios do século XX, assente numa filosofia liberal, acaba por ser paulatinamente substituído por um Estado de Direito Social ou Estado Providência, assumindo-se politicamente — face à crise da eficácia dos direitos fundamentais que não obtém a sua aplicabilidade prática em virtude das ideias do *laissez faire* predominantes² — a necessidade de criar e desenvolver mais direitos e deveres, por forma a proteger os chamados direitos sociais.

Ao mesmo tempo, e na sequência destas transformações do Estado, é o próprio conceito de direito subjectivo que sofre mutações, deixando de ser o “direito do sujeito” anterior e naturalmente superior ao direito objectivo, confortado na moral, para passar a ser ele mesmo um direito objectivizado.

Já longe vão as querelas académicas, sobre a verdadeira natureza e essência do direito subjectivo, e os seus elementos caracterizadores essenciais.

Desde WINDSCHEID — o principal representante da chamada teoria da vontade —, que configurava duas categorias ou espécies de direitos subjectivos, definindo-os da seguinte forma: “o direito subjectivo é um poder da vontade ou uma soberania da vontade concedidos pela ordem jurídica”, sedimentando-se assim em torno de uma concepção de direito subjectivo como domínio ou poder da vontade do indivíduo, onde este ocupa o centro de todas as atribuições jurídicas, e justifica ele mesmo a razão de ser do jurídico,

¹ Cfr. JORGE MIRANDA, in “Manual de Direito Constitucional”, Vol. I, Tomo I, pág. 68, Coimbra Editora, 1981.

² Cfr. MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLÊS, “Habermas e a Desobediência Civil”, Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, pág. 84.

passando por JHERING, que veio defender a essencialidade da ideia de interesse jurídico como base do direito subjectivo, afirmando que os “*direitos subjectivos são os interesses juridicamente protegidos*”³, até à negação do próprio direito subjectivo personificada por LÉON DUGUIT que, filiando-se no positivismo de AUGUSTE COMTE, que já escrevia na sua obra “*Politique Positive*”: “*não pode haver verdadeiros direitos senão quando os poderes regulares emanam das vontades sobrenaturais; no Estado positivo, que não admite título celeste, a ideia de direito desaparece irrevogavelmente*”⁴, acaba por defender a inexistência do direito subjectivo, por se tratar de uma concepção puramente abstracta, de uma hipótese metafísica que em nada corresponde à realidade da vida. O desenvolvimento doutrinal da teoria sobre o direito subjectivo, tornou, na actualidade, relativamente pacífico o facto de a vontade psicológica humana não constituir o seu elemento essencial.

Nas sociedades do direito ocidental contemporâneo, a ideia de liberdade pessoal e liberdade individual foi sendo, paulatinamente, substituída pela ideia do dever e responsabilidade.

O direito subjectivo resulta do sistema jurídico globalmente considerado e haverá de ser entendido e teorizado no seu próprio seio. Não é um direito natural que nasce com o homem e vive colado à sua condição de ser com direitos. É, essencialmente, um direito social regulador, o que implica sempre valorações históricas fundamentais do próprio sistema⁵.

“*O paradigma do Estado de Bem-estar Social pretende garantir a efectiva aplicação dos direitos subjectivos clássicos complementando-os com direitos sociais...*) assim o ordenamento jurídico torna-se uma ordem de valores objectivamente concretizados”⁶, confundindo assim direito e moral ao ponto de hoje se falar numa sociedade hiper-subjectivada⁷.

A ideia segundo a qual os indivíduos são titulares de direitos face ao poder do Estado constitui um dos pilares fundamentais do direito actual e resulta da crença que o direito deve funcionar também como um dispositivo de protecção perante ele, Estado, e onde as liberdades individuais acabam por ser medidas em função dos direitos e deveres que lhes são atribuídos por esse mesmo Estado⁸. Ao ser afastada qualquer reminiscência de um

3 “*Esprit du droit romain*”, II Vol., pág. 326, citado por JOSÉ TAVARES, in “*Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*”, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, pág. 194.

4 Citado por JOSÉ TAVARES, obra citada, pág. 216.

5 Cfr. ANTÓNIO MENESES CORDEIRO, “*Tratado de Direito Civil Português*”, Vol. I, Tomo I, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, págs. 105 e segs.

6 Cfr. MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLÊS, obra já citada, pág. 85.

7 Cfr. JACQUES CHEVALIER, “*L’État Post-moderne*”, pág. 100, *Droit et Société*, Maison des Sciences de l’Homme, L.G.D.J., Paris, 2004.

8 JÜRGEN HABERMAS, “*Le Concept du 11 Septembre*”, *Dialogues à New York* (octobre-décembre 2001) avec Giovanna Borradori, Ed. Galilée, Paris, 2004, tradução da obra inglesa com o nome “*Philosophy in a time of Terror*”, pág. 76, afirmando este autor, a propósito do Estado de Direito democrático: “*Au sein d’une entité politique dont les citoyens s’accordent réciproquement les mêmes droits, il n’y a plus de place pour une autorité qui fixerait le seuil de ce qui est unilatéralement tolérable. Sur la base de l’égalité en droits et de la reconnaissance réciproque*

direito natural, imanente à qualidade de Ser Humano, e facilmente apreensível à luz da moral, acabou-se por criar um tecido jurídico envolvente, qual casulo, de uma vivência social muitas vezes desconhecida do próprio interessado.

O direito a respirar um ar saudável, o direito a beber uma água límpida, o direito ao silêncio, o direito a conhecer os químicos conservantes dos alimentos, o direito a nascer saudável ou mesmo o direito a não nascer e tantos outros atribuídos pelo Estado Social ou mesmo reconhecidos pela jurisprudência⁹ acabaram por erguer um edifício que se pretendia que fosse um simples mas simbólico monumento à justiça e ao progresso, mas que acabou por ser colonizado e habitado por um novo Homem, ávido dos seus direitos, insatisfeito com os resultados de prática judiciária clássica, com um tempo diferente do tempo da justiça, moldado por uma comunicação social com opinião¹⁰, ciente da desconformidade entre os representantes eleitos e os representados eleitores, individualista e sem referências de solidariedade para além do seu grupo.

As consequências que decorrem desta nova realidade determinam a necessidade de encarar o processo de realizar o direito de uma forma radicalmente diferente¹¹, e, se Estado e Direito são no fundo o mesmo ente,

entre les citoyens, personne ne possède plus le privilège de poser les limites de la tolérance à partir de sa propre conception des valeurs

⁹ Veja-se por exemplo o chamado caso “Perruche” apreciado pela justiça francesa e a decisão que sobre ele recaiu, proferida pelo Cour de Cassation, em 17 de Novembro de 2000, onde se discutiu o direito subjectivo da mãe a abortar e o direito subjectivo do filho a não nascer, texto integral da decisão pode ser encontrado em: www.courdecassation.fr, arrêt n.º 457 de 17-11-2000, n.º de pourvoi: 99-13.701.

¹⁰ JOÃO PISSARRA ESTEVES, “O Espaço Público e os Media”, Ed. Colibri, Faculdade de Ciências Sociais e Humana da Universidade Nova de Lisboa, 2005.

¹¹ O desconforto sentido também origina a defesa e o aprofundamento das virtudes do Estado de Direito actual, negando-se a sua evolução para um novo tipo de Estado, veja-se por exemplo, a posição de DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nós — Estudos sobre o Direito das Pessoas”, Ed. Almedina, Coimbra, 2004, pág. 148: “A possibilidade do Estado-de-Direito-Democrático supõe que a vontade popular se manifeste através de certas formas (sobretudo a lei); e também que a vontade popular, ou seja, a lei, tenha um certo conteúdo: a Justiça.

A Justiça é inerente à própria ideia do Direito. Se não se acreditar na possibilidade existencial de o Direito promover a justiça, reduzindo-a a simples instrumento da vontade dos mais fortes, dos mais hábeis ou dos mais “interessados”, está a separar-se o próprio fim da democracia — a criação de uma paz social justa — dos instrumentos da sua promoção.

Não ignoro que o legislador deve estar sempre atento à realidade económica, social, etc. Tenho escrito que o legislador deve ser (o seu próprio) jurista, economista, sociólogo, filósofo, etc. Tal como o jurista, deve ser o seu próprio economista, o seu sociólogo, o seu filósofo, etc. Nesta medida, mas só nesta, a justiça é, em parte, conjuntural — e sempre “realista”.

Mas o que recuso, em nome do Direito, da Democracia e do próprio Estado, a aceitar, é o livre jogo dos interesses egoístas em matéria de Direito; a relativização da Justiça, transformando a democracia na capa dos mais fortes que usam o Direito ao seu serviço. Destruindo, nesta medida, o próprio sentido Social do Estado de Direito Democrático. (...) Escolas jurídicas e práticas jurisprudenciais, como as do direito livre, da jurisprudência tópica, do direito alternativo, etc., transformam em Direito a vontade do julgador, postergando a vontade do legislador e, conseqüentemente, a dos cidadãos. Com grave acréscimo do casuismo e do arbítrio anó-

modificar um significa modificar o outro. O Estado moderno, o Estado social em que nascemos está a dar lugar ao Estado pós-moderno, e calhou-nos a nós viver essa mudança. Há que a compreender, e encontrar o caminho a percorrer sem nunca cair na tentação de o fazer pela forma mais simples: o da negação pura e simples do passado recente.

O “Direito em abundância” que nos fala o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa¹², referindo-se ao caso português e dando nota da incapacidade de resposta do nosso sistema judicial, mais não é — embora os seus autores o não assinalem — do que o reconhecimento de um fenómeno de hiper-subjectivização do direito, e este, como é de mediana compreensão, multiplica exponencialmente a conflitualidade.

E compreender esse fenómeno, não passa forçosamente por criar uma máquina judiciária mais rápida a digerir a explosão da conflitualidade. Nem tão pouco percorrer o catálogo da desjudicialização em busca de soluções rápidas e satisfatórias para o “entupimento” processual. A causa, não é conjuntural, é estrutural, e toda a sociedade haverá de ser compreendida à luz de uma nova forma de interacção do Estado com os grupos sociais que se criaram. Os afectos de hoje, e os laços de cumplicidade social, foram moldados pelo direito objectivo emergente do Estado Providência. O jurídico tomou a moral e transformou-a em realização do Homem, afastando-a de qualquer dogma religioso¹³.

Para compreender o que se está a passar na actualidade importa regressar ao ponto de partida, voltar a ler as grandes Codificações que nos oferece história, e uma simples busca junto dos grandes “Códigos” antigos permite-nos encontrar referências concretas a um modelo de justiça diferente e que hoje, sob a designação de Justiça Restaurativa, começa a revelar-se como precursora do Estado pós-moderno¹⁴.

mico. E, por detrás da vontade do julgador, desenham-se interesses bem concretos, de grupos e de organizações que põem os órgãos de soberania ao seu serviço. Tudo em prejuízo da Democracia e do Direito. (...) Contudo não esqueço que o Estado “contemporâneo” foi construído na Idade moderna, à semelhança dos exércitos mercenários dos príncipes. Como um conjunto de funcionários dependentes do príncipe, hierarquizados, disciplinados, exprimindo a vontade do soberano, ao serviço do interesse geral.

Onde estão estas características hoje, do Estado — cujo próprio nome indica uma “ordem”?

¹² “Percurso da Informalização e da Desjudicialização — por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)”, João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias — Novembro de 2001, Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia de Coimbra.

¹³ JACQUES DERRIDA, “Le “Concept” du 11 Septembre, Dialogues à New York (octobre-décembre 2001)”, avec Giovanna Borradori, Ed. Galilée, Paris, 2004, tradução da obra inglesa com o nome “Philosophy in a time of Terror”, págs. 42 e 187, defende que: “*l’idée de tolerance, est inadaptée a une politique laïque. Sa tonalité religieuse, qui plonge des racines profondes dans la notion chrétienne de charité, empêche toutes prétentions à l’universalisme*”.

¹⁴ Na Suméria antiga o Código de Ur-Nammu previa já a reparação do ofendido nos casos de crime violento. A mesma preocupação podemos encontrar no Código de Hammurabi, ou em Roma, na chamada Lei das Doze Tábuas, que impunha o pagamento à vítima o dobro do que lhe foi furtado.

A sociedade pré-moderna estava centrada, no que respeita ao seu desenvolvimento moral, em relações “face a face” de pequenas comunidades, e tornou-se moderna, quando a interacção social deixou de ser regulamentada por essas relações, nascendo o “cidadão”, cuja responsabilidade não é apenas a de obedecer à lei, mas também, de a sustentar, sendo comum a todas as teorias modernas, a manutenção do primado do direito e da cidadania. Na modernidade, o “outro generalizado” substituiu o “outro concreto”, e tal alteração jamais foi suficientemente interiorizada. A reclamação de justiça continua a ser a de uma justiça concreta, para aquele que a reclama, e não para os outros que nela apenas podem ver um sinal de força do Estado quanto à obrigação de respeitar o direito instituído.

O pós-modernismo acaba por identificar, no actual desenvolvimento social, sinais evidentes de um regresso às origens, e tal não deve ser motivo de espanto, pois numa sociedade altamente informada e estruturada como é a nossa, as vantagens de um relacionamento “face a face” mantêm-se por uma única razão: o Homem é o mesmo, agora inserido numa comunidade, naturalmente muito maior, mas que lhe permite a identificação e a busca de compromissos morais obtidos “face a face”¹⁵.

Independentemente da sua amplitude demográfica, a sociedade humana da actualidade mostra-se organizada de um modo bastante simples, onde as comunidades acabam por desenvolver, entre si e no seu interior, relações bastante específicas, sumariamente fundadas no respeito e num mútuo acordo entre indivíduos.

A “norma” valerá pelo que a comunidade sentir que vale e, tal como Habermas defende, as “normas” apenas são justificadas quando são, ou podiam ser, acordadas na prática por todos e mediante o que designa por “ciência reconstrutiva”, ou seja, mediante uma lógica dialéctica em que a correcção dos pressupostos argumentativos devem provar-se na prática.

Embora Habermas se assumia como um defensor da modernidade, procura construir uma teoria da razão que inclua a teoria e a prática, que seja ao mesmo tempo justificativa e explicativa, e encontra nos interesses e, no que ao caso nos importa, nos interesses comunicativos o motor que leva os membros de uma comunidade a entenderem-se entre si, ou com os membros de outra comunidade.

A conceptualização contemporânea da realidade social acarreta a produção de um vocabulário encantatório e injuntivo para que as instituições possam funcionar. As comunidades pós-modernas interagem entre si e com as comunidades vizinhas, os indivíduos integram-nas, protegem-se mutuamente, adquirem e expressam sentimentos e emoções pelos outros, mas... não se falam. Quando hoje se fala nas vantagens da mediação enquanto forma de resolução de conflitos mais não é do que a recriação de um modelo antigo, anterior ao do Estado moderno e que permite responder com êxito às

¹⁵ Cfr. STEPHEN CHILTON, “Situando...”, texto já citado.

novas necessidades, levando à reconstituição de uma vivência conflituosa, afectada nos seus direitos, mediante um modelo pacífico centrado num “frente a frente” entre os intervenientes concretos.

O papel encantatório da mediação¹⁶, através de uma lógica dialéctica própria, permitirá ao Estado, por si mesmo, representado pelas suas instituições judiciais, ou por outras de semelhante dignidade, “retreatralizar” a vida social e ganhar uma oportunidade para restabelecer o simbolismo do vínculo social desaparecido, obtendo, mediante um acordo, aquilo que não tem conseguido obter com o recurso aos meios clássicos.

A nova organização judiciária caminhará, irremediavelmente, para uma forma onde se permita e facilite a proximidade, sendo sempre provisórias quaisquer medidas políticas, especialmente as suportadas em argumentos de cariz económico, que determinem a concentração.

Oferecer a Justiça e fazê-la respeitar obrigará no futuro a repensar o papel dos seus protagonistas, e se os juízes são essenciais, enquanto legitimadores da sanção, seja ela de que tipo for, já o Ministério Público carecerá de uma nova delimitação de competências, sendo estranhos no conflito e com uma representação de interesses não reconhecidos pelos interessados.

Partir para a pacificação social e regulação da vida comunitária obrigará sempre a reconduzir o conflito ao concreto, afastando-o de procedimentos gerais e abstractos e altamente padronizados, bem como dos interesses predominantes na actualidade que se bastam com as necessidades do Estado obter a punição. O Ministério Público haverá de dar lugar aos advogados, escolhidos ou nomeados para aquele conflito, com uma vontade directamente conferida pelos representados e com um objectivo dirigido, não só o de satisfazer a observância da norma violada, mediante a atribuição pura e simples de uma punição ajustada à recuperação e reintegração do agente violador, mas também à protecção e satisfação dos interesses da vítima, o sujeito em concreto afectado pela perturbação dos seus direitos e que reclama do sistema justiça para o seu caso.

Novas profissões forenses haverão de surgir. Estruturadas e legitimadas para intervir nos conflitos. Por exemplo, quantos anos mais serão necessários para que finde o suplício de serem ouvidos extensos róis de testemunhas para a prova de uma simples infiltração de águas na casa do Autor da lide? Não é possível a prova desse facto, mediante o recurso ao perito forense, como já sucede noutros sistemas da Comunidade Europeia?

Repensar a Justiça ao minuto, olhando para o seu estado e procurando paliativos imediatos, sem uma apreciação integrada e suficientemente esclarecida quanto à verdadeira origem dos seus problemas, alheada das novas necessidades e particularmente das novas tensões do tecido social, levará ine-

¹⁶ Cfr. HENRI-PIERRE JEUDY, “As vertigens da mediação” — acessível *on line* no sítio da internet <http://ubista.ubi.pt/~plen23.html>.

vitavelmente ao fracasso de qualquer reforma e, mais grave ainda, ao descrédito sobre a mesma.

O Estado moderno caminha irremediavelmente para o seu fim. Surgirá então um novo Estado, capaz de responder às novas necessidades sociais, com novos modelos de organização democrática, novos modelos de distribuição de riqueza, e, o que agora mais nos interessa, novos estilos de abordagem da justiça, tornando-a mais próxima e célere, mas também mais credível e mais aceite.